

ارتباط التعسف بطبيعة
الحق
وأدلة النهي عنه
بين التشريع الإسلامي والقانون المدني



د . محمد بن السايح (*)

تمهيد :

نعالج من خلال هذا العنوان إشكالية مدى ارتباط التعسف بطبيعة الحق وموقف التشريع الإسلامي من النهي عن التعسف مقارنة مع بعض النظم القانونية المدنية، ذلك أن نظرة جديدة تحاول جعل هذا النهي من نصيب القانون المدني الحديث وحسب في حين أن النظرة التاريخية الصحيحة تثبت وتؤكد تناول هذا الموضوع ومنذ وقت مبكر من طرف التشريع الإسلامي قبل ظهور القوانين المدنية، بل إن القانون المدني استوحى من أحكام الشريعة الإسلامية وأدلتها معظم أحكامه في هذا المجال، وأعني بذلك القوانين المدنية العربية..

كما يطرح الموضوع إشكالية استعمال الحق في حدود ما يسمح به القانون والتشريع سواء أكان إسلاميا أو مدنيا، وعليه نحدد خطأ سير الحق في حالة

(*) أستاذ الشريعة والقانون بكلية العلوم القانونية والإدارية - جامعة حسبية بن بوعللي بولاية الشلف - الجزائر .

التعسف لنميز بينه وبين التعدي ونصل في النهاية الى حقيقة واحدة وهي : احترام النظام الإسلامي والقانون الوضعي للقيمة المالية بل وحمايتها سواء أكانت فردية أم جماعية .

كما نبين مدى تغطية التشريع الإسلامي والقانون المدني لمناحي حياة الإنسان المدنية ومعاملاته المالية وكيفية حمايتها أثناء أداء الالتزامات المالية مهما تعددت الروابط القانونية طالما أن المتعامل يملك الأهلية وحق التصرف، وقد تناولت البحث وفق العناوين التالية :

- ١- مفهوم التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي وتمييزه عن التعدي .
- ٢- التعسف في بعض القوانين العربية .
- ٣- الفرق بين التعسف والتعدي .
- ٤- النهي عن التعسف في التشريع الإسلامي وأدلة ذلك .
- ٥- الأساس القانوني لطبيعة التعسف في استعمال الحق .

لمحة تاريخية :

عرف الرومان قديماً نظرية التعسف، إلا أنها اختفت فترة زمنية أيام بروز مبادئ النظرية الفردية، واختلفت طوال القرن التاسع عشر إلا أن القانونيين الفرنسيين (سالي) و(جوسران) أعادا لها الظهور ولقد تحدثت القوانين القديمة عن التعسف، حيث ذكرت أن من حفر بئراً وتعمق فيه إلى أن قطع عروق الماء التابعة للجار فإنه لا يسأل لأن تصرفه في ملكه هو حر فيه أما إذا سقط حائط الجار سئل^(١).

قلت : إن التعسف كان موجوداً في القوانين الرومانية القديمة^(٢)، ورغم وجوده

(١) وسيط للسنيهوري، ج ١/ ٨٣٥ . دار إحياء التراث العربي ببيروت ودار النشر للجامعات المصرية .

(٢) المدخل إلى القانون ص ٧٥٣ د/ حسن كبيرة منشأة المعارف، ط ٥ ١٩٧٤ الاسكندرية .

إلا أنه كان يحتاج إلى صياغة تجمع شتاته ولم يكن عرف فيما بعد، ولعل التشبع بالمبادئ الفردية إبان الثورة الفرنسية الداعية إلى حقوق الإنسان هي التي ساهمت في التقليل من الاحتفاء بهذه النظرية، وفي العصر الحديث انتعشت هذه النظرية وقررت محكمة النقض الفرنسية عام ١٨٧١م المبدأ الآتي^(١) : (حتى يكون ثمة محل للتعويض يجب أن يكون هناك خطأ، والقانون لا يعتبر الإنسان مخطئاً إذا هو عمل ما من حقه أن يعمل، إلا إذا قصد بالعمل أن يؤذي الغير دون أن تكون له مصلحة في ذلك) وبعد وجود مؤلفات في التعسف واجهت انتقادات شكلية مفادها أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له، وذلك حين قال بلانيول الفرنسي : " ينتهي الحق حيث يبدأ التعسف، ولا يمكن أن يكون ثمة تعسف في استعمال حق ما لسبب غير قابل لأن يدحض، هو أن العمل الواحد لا يصح أن يكون في وقت معاً متفقاً مع القانون ومخالفاً له"^(٢).

ويمكن الرد على الفقيه الفرنسي (بلانيول) بأنه لا يوجد تناقض لأن المشروعية منصبة على ذات الفعل والتعسف منصب على كيفية استعماله.

هذا وبعد ظهور هذه المؤلفات، وبعد التطور القانوني بدأت النظرية تميل نحو الاستقرار، وأخذ بها القانون الفرنسي، وأخذت مكانة محترمة بين القوانين الحديثة ثم انتقلت إلى القضاء المصري^(٣).

تعريف التعسف في الفقه الإسلامي وتمييزه عن التعدي

تعريف التعسف لغة وشرعاً :

التعسف لغة :

جاء في لسان العرب، العسف : السير بغير هداية والأخذ على غير الطريق،

(١) الوسيط : للسنهوري ج ١ / ٨٣٧ .

(٢) نفس المرجع السابق والصفحة .

(٣) المدخل إلى القانون ص ٧٥٧، د / حسن كيرة .

وكذلك التعسف والاعتساف، والعسف: ركوب المفازة وقطعها بغير قصد ولا هداية... يقال: اعتسف الطريق اعتسافاً إذا قطعه دون صوب.

وفي الحديث^(١): (لا تبلى شفاعتي إماماً عسوفاً) أي جائراً ظلوماً.

وأعسف الرجل: إذا أخذ غلامه بعمل شديد، وأعسف إذا سار بالليل خبط عشواء^(٢).

وجاء في القاموس المحيط^(٣) اعتسف عن الطريق يعتسف: مال وعدل، ويظهر من هذه التعريفات اللغوية^(٤) أن مادة (عسف) تدور لغة حول المعاني الآتية:

- ١ . العسف بمعنى السير على غير هداية .
- ٢ . العسف بمعنى ركوب الأمر بلا تدبر .
- ٣ . العسف بمعنى الجور والظلم .
- ٤ . العسف بمعنى الميل عن الطريق والعدول عنه .

تعريف التعسف شرعاً:

عرف الشيخ أحمد أبو سنة التعسف في أسبوع الفقه الإسلامي ص ١١٠ فقال^(٥): "التعسف هو تصرف الإنسان في حقه تصرفاً غير معتاد شرعاً" ويقول: "قرر الفقهاء - كما في الفقه الحنفي وغيره - أن للإنسان أن يتصرف في ملكه تصرفاً معتاداً ولا يسأل عما يترتب عليه من ضرر حينئذ وإنما يسأل عن الضرر إذا

(١) انظر لسان العرب لابن منظور ج ٩ / ٢٤٦، والنهاية في غريب الحديث ج ٣ / ٢٣٦، وقد حاولت البحث عن هذا الحديث في مظانه فلم أقف عليه سوى أن ابن منظور ذكره في كتابه (لسان العرب) وابن الأثير أيضاً أشار إليه في النهاية.

(٢) لسان العرب لابن منظور ١١ / ١٥١ - ١٥٢، مادة (عسف) فصل العين ترف الفاء. دار صادر ط ١ بيروت ١٩٩٠.

(٣) وانظر أيضاً المصباح المنير للفيومي: ٢ / ٤٠٩ نشر المكتبة العلمية - بيروت.

(٤) القاموس المحيط للفيروز آبادي ج ٣ / ١٧٥ الطبعة الرابعة، مطبعة دار المأمون.

(٥) نقل هذا التعريف عنه الدكتور فتحي الدريني في رسالته القيمة (نظرية التعسف في استعمال الحق)، ص ٨٧، مؤسسة الرسالة.

كان التصرف في ملكه غير معتاد".

ويتضح من هذا التعريف أن الأستاذ أبا سنة حصر مناهج التعسف في "التصرف غير المعتاد" فقط وقد عزا وجهة النظر هذه إلى فقهاء المذهب الحنفي وغيرهم^(١)، والواقع أن التعسف يتعلق بالمعتاد وغير المعتاد من التصرف.

كما عرّف الدكتور فتحى الدريني التعسف بأنه: (مناقضة قصد الشارع في تصرف مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل)^(٢).

وهذا التعريف هو أولى بالرجحان لأنه لم يقتصر في تعريفه على حصر التعسف في (التصرف غير المعتاد) كما ذكر التعريف الأول، وإنما جعل التصرف المعتاد أيضاً يدخل في نطاق التعسف إذا ترتب عليه ضرر كما سنعرف إن شاء الله.

وسأوجز شرح هذا التعريف في النقاط التالية:

١- مناقضة قصد الشارع: والمراد مضادة قصد الشارع، وهي:

* إما مقصودة: بأن يستعمل الحق لمجرد قصد الإضرار وذلك كبيع العينة للتوصل إلى الربا وهو محرم، أو أن يتذرع بما ظاهره الحلال إلى تحليل ما حرم الله أو إسقاط ما أوجبه الله عليه، وذلك مثل هبة المال - صورياً - قرب نهاية الحول احتيالياً على إسقاط الزكاة، وقد بين الشاطبي مرد هذه الحيل بقوله: (فإن حقيقتها المشهورة تقديم عمل ظاهر الجواز لإبطال حكم شرعي، وتحويله في الظاهر إلى حكم آخر، فمآل العمل فيها خرم قواعد الشريعة)^(٣)، فالعبرة ليست بصورة العمل فحسب بل بقصد المكلف في العمل فإن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده في العمل موافقاً لقصد الشارع في التشريع كما بين ذلك الإمام

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي ص ٣٧٣ وما بعدها نشر دار الريان بالقاهرة.

(٢) نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي ص ٨٧ للدكتور فتحى الدريني. مؤسسة الرسالة.

(٣) انظر الموافقات للشاطبي: ج١ / ٢٠١ دار المعرفة بيروت - تحقيق: عبد الله دراز.

الشاطبي^(١)، فالمنافضة المقصودة كمن يستعمل الحق بقصد الإضرار أو لتحقيق مصلحة غير مشروعة وهذا ممنوع.

* وإما غير مقصودة: فتشمل الأفعال التي تعول إلى مضادة الأصل العام في الشرع وهو جلب المصالح ودرء المفسدات حيث إن درء المفسدات مقدم على جلب المصالح، فالحقوق التي يؤول استعمالها إلى منافضة هذا الأصل لم تشرع وهذا هو التعسف في معياره الموضوعي، لأن استعمال الحق بباعث مشروع وبوجه معتاد ولتحقيق مصلحة مشروعة، قد يترتب عليه رغم كل هذا ضرر فاحش وذلك مثل وجود مصنع في حي سكني مما يوضح أن بعض صور التعسف قد تتعلق بالتصرف المعتاد أو غير المعتاد، فضلاً عن الاستعمال المعتاد، وعلى هذا يكون للتعسف معياران هما:

١- المعيار الشخصي: وهو النية أو الباعث.

٢- المعيار الموضوعي: ويعتمد على الموازنة بين المصالح.

* في تصرف مأذون فيه شرعاً: ويدخل فيه كل التصرفات وتشمل القولية وما ينشأ عنها من حقوق والتزامات سواء أكانت بإرادتين كالبيع والإجارة أو بإرادة واحدة كالوصية مثلاً.

وتشمل الفعلية وذلك مثل استعمال حق الملكية في العقارات كالأراضي والمباني والرخص والإباحات كتلقي السلع وإحياء الموات.

ويخرج بقوله: "مشروع أصلاً"، الأفعال غير المشروعة لذاتها لأن استعمالها يُعد تعدياً لا تعسفاً، وهذا القيد يحدد مجال التعسف.

والحقيقة أن هذا التعريف جامع لجميع صور التعسف، كما أنه يشمل التصرفات المعتادة وغيرها، ويحكم التصرف بجانبه الذاتي والموضوعي، كما أنه

(١) المرجع السابق: ٤ / ٢٠١.

ينظر إلى مآل الأفعال ونتائج الأعمال وهذا احتياط جميل وصيانة قوية تظهر ثمرتها في الحقوق في جانبين:

- ١ . عدم مناقضة قصد الشارع .
- ٢ . تحقق المصلحة التي شرع الحق من أجلها .

الفرق بين التعسف والتعدي:

سبقت الإشارة إلى أن للحق صفة مزدوجة وأنه يهدف إلى تحقيق مصلحة فردية وعامة وقد يحصل تعارض بين تلك المصالح سواء أكانت فردية أو جماعية، وهنا تبرز صورة متعددة لهذا التعارض، فقد تكون بطريق التجاوز أو التعدي وقد يكون بطريق التعسف لذا تطلب الأمر التمييز بين التعسف والتعدي، فأقول وبالله التوفيق:

لم يكن معروفاً عند فقهاءنا لفظ (تعسف) بهذا اللفظ إنما ورد إلينا من تعبيرات فقهاء القانون الوضعي^(١) كما وردت كلمة (مضارة)^(٢) عند بعض فقهاءنا للتعبير عن التعسف، ووردت كلمة (الاستعمال المذموم)^(٣) في بعض كتب الأصول.

ومهما يكن من اختلاف في تعبيرات الفقهاء فلا نقف كثيراً عند هذا الاختلاف اللفظي، لأن الذي يعنيني هنا هو بيان الفرق بين التعسف والتعدي، ولمعرفة ذلك لابد من ذكر معنى التعسف حيث إنه: ممارسة الشخص لفعل مشروع في الأصل على وجه يلحق الضرر بالغير، فالوصية بالمال مشروعة للموصي بحسب الأصل بحيث لا يزيد فيها على الثلث إلا أن وصيته بماله بما زاد عن الثلث تعتبر تعدياً للحدود، حيث منح الله العبد أن يوصي بالثلث وهو المجال المحدد للتصرف

(١) الوسيط للسنهوري، ج١ / ٨٣٨ .

(٢) الطرق الحكيمة لابن القيم، ص ٣١٠ . مطبعة الآداب مصر ١٤١٣ هـ .

(٣) الموافقات للشاطبي، ج٣ / ٣١٩ .

فيه، أما ما زاد على الثلث فهو تجاوز حدود الحق الذي منحه الله له، فهذا الفعل هو بالأساس غير مشروع لعدم استناده إلى حق، وهذا هو التعدي.

أما التعسف فإنه ينطلق من وجود حق مشروع بحسب الأصل، وذلك كالذي يوصي من ماله بالثلث أو ما دون، ولكن بقصد الإضرار بالورثة، وقامت الأدلة على وجود قصد الإضرار، فهذا هو التعسف لأن الفعل مشروع في الأصل لاعتماده على حق ثابت شرعاً إلا أن صاحب الحق استعمل حقه بطريقة لا تحقق الحكمة التي قصدها الشارع من إقراره لهذا الحق، وإنما قصد الإضرار بالورثة والإضرار ممنوع للحديث الصحيح في قوله ﷺ: (لا ضرر ولا ضرار)^(١)، فلا يعتبر متعسفاً من أوصى بما يزيد على الثلث ولو قصد الإضرار بالورثة لأنه متعدي والفعل غير مشروع بحسب الأصل، إنما يعتبر متعسفاً من يوصي بقصد الإضرار وفي حدود الثلث أو ما دونه، هذا من حيث الطبيعة، ولا يقال أن كلاً من التعدي والتعسف ممنوع، وهذا صحيح من حيث وحدة الوصف الشرعي إلا أن التعسف في الأصل يستند إلى حق مما يلزم عنه مشروعية الفعل في البداية وإنما لحقه العيب في الباعث غير المشروع، وهو إرادة الضرر بالغير، وإذا جرد هذا الفعل من هذا الباعث غير المشروع عاد إلى وصفه المشروع، أما التعدي فهو مجاوزة لحدود الله، ولو لم يقصد ضرراً للغير، حتى ولو قصد النفع كمن زرع أو بنى على أرض الغير دون إذنه.

هذا علاوة على أن التعدي ظلم والظلم يترتب عليه جزاءان دنيوي وأخروي.

أما الجزاء الدنيوي فيكون بإزالة آثار الاعتداء إن أمكن أو التعويض عما حدث

من ضرر.

أما الأخروي فهو الإثم والعقاب وذلك لقصده الإضرار بالغير.

أما إذا كان الفعل عن خطأ فيكون الجزاء أخروياً فقط، وهذه التفرقة بين التعدي والتعسف من حيث الجزاء ذلك أن المتعسف في التصرفات الفعلية التي يترتب

(١) أخرجه الألباني في مختصر إرواء الغليل تحت رقم: ٢١٧٥ في ج ١/ ٤٣٢

عنها ضرر فإننا نزيل ذلك الضرر، أما إذا لم يقع الضرر فله جزاء أخروي إذا قصد الإضرار.

أما في التصرفات القولية، وذلك كمن يهب أمواله - سوريا - عند نهاية الحول لإسقاط الزكاة، فله جزاءان :

دنيوي بإبطال التصرف وأخروي وهو الإثم.

وبعد هذه التفرقة يتضح لنا أن التعسف شيء آخر غير التعدي.

التعسف في استعمال الحق الشخصي في القانون المدني

اكتفى القانون المدني الجزائري في مادته رقم: ٤١ منه بإيراد الاستثناءات وحشر النص على التعسف بين أحكام الأهلية، أما القانون المصري الجديد (١٩٤٩م) فيعتبر أول قانون عربي نظم النظرية وكان الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري - رحمه الله - أول من قام بهذا الجهد، وذكر أن القانون المصري استمدها من الفقه الإسلامي حيث قال: (... ومن هذه المبادئ أيضا نظرية التعسف في استعمال الحق، لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الإسلامي، ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصي الذي اقتضت عليه أكثر القوانين، بل ضم إليها معيارا موضوعيا في الفقه الإسلامي يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة، ويتوقى الضرر الجسيم الذي قد يصيب الغير من استعماله) (١).

ومن هذا النص المنقول عن الأستاذ السنهوري يتضح أن النظرية لم تستمد بالجملة من القانون الأجنبي بل استمدت أيضا من الفقه الإسلامي مما يجعلها تصطبغ بالصبغة الموضوعية، ورغم ذلك فإن القارئ لكلام السنهوري لم يجده قد جاء بدليل واحد أو شاهد واحد من الشريعة الإسلامية كدليل على ما ذهب إليه

(١) الوسيط للسنهوري: ١ / ٤٧، والمدخل إلى القانون للدكتور حسن كيرة ص ٧٥٧ منشأة المعارف الإسكندرية.

واكتفى فقط بما نقل عنه من استمداد هذه النظرية من الشريعة الإسلامية وما جاء به القانون المصري يقابله المواد: (٥ و ٦) من القانون السوري و (٦ و ٧) من القانون المدني العراقي، والمادة (٦٦) من القانون المدني الأردني.

إذا فالنص المصري في المادتين (٤ و ٥) من المذكرة الإيضاحية هو الأصل في هذه النظرية للنصوص العربية السالفة الذكر وغيرها ونص المادتين على ما يلي: م/٤: من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر.

م/٥: يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال التالية:

١. إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
 ٢. إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
 ٣. إذا كانت المصالح التي ترمي إلى تحقيقها غير مشروعة.
- كما أن المادة (٦٦) من القانون المدني الأردني اكتفت بذكر اهتمام الفقه الإسلامي بالنظرية ولم تأت هي كذلك بشاهد واحد كدليل، وكان نصها على النظرية تحت عنوان (إساءة استعمال الحق) ونصت هذه المادة على ما يلي^(١):

١. يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع.

٢. ويكون استعمال الحق غير مشروع:

أ- إذا توفر قصد التعدي.

ب - إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.

ج - إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من الضرر.

د - إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة.

(١) صياغة قانونية لنظرية التعسف باستعمال الحق في قانون إسلامي ص ١٤، مصطفى الزرقا دار البشير،

عمان ١٩٨٣م.

وكل من القانونين المصري والأردني ادعى أن نظرية التعسف مستمدة من الفقه الإسلامي إلا أن هذا الأمر يبقى دعوى مجردة بدون دليل لعدم ذكر الشواهد على ذلك من الشريعة الإسلامية.

ارتباط التعسف بطبيعة الفقه الإسلامي وغايته

إن طبيعة الفقه الإسلامي قائمة على النظرة الثنائية العادلة بين الحق الفردي والحق الجماعي، فهي نظرة وسطية حيث أنها لم تطلق الحق الفردي وتقدمه كما فعل أصحاب النظرة الفردية، وفي نفس الوقت اهتمت بمصالح الجماعة وعليه فإن الطابع الاجتماعي للفقه الإسلامي انعكس على الحقوق، حيث أقر الحق الفردي وحفظه ونسق بينه وبين حق الجماعة، وذلك بجملته من القواعد المقررة^(١) إن لم يمكن التوفيق.

وهذا التعارض بين المصالح المختلفة سواء أكانت فردية أو جماعية هو الذي يظهر فيه التعسف، وذلك نتيجة لفقدان التوازن والتنسيق بين المصالح المتعارضة، وعليه فإنه لو كانت المصالح فردية بحتة أو جماعية بحتة لما وجد التعارض الذي يؤدي إلى وجود التعسف لأنه لا يتصور التعارض بين المصلحتين الفردية والجماعية طالما أنها فردية خالصة أو جماعية بحتة، لأنه لو كانت النظرة الفقهية فردية خالصة لكان الحق الفردي غالباً والتصرف فيه مطلقاً، كما أنه لو كانت النظرة الفقهية للحق جماعية بحتة لكان الفرد مجرد موظف يعمل لتحقيق المصلحة العامة، وانحرفه لحساب مصلحته يعد تعدياً لأنه تجاوز حدود المصلحة التي يعمل من أجلها، لذا نلاحظ مدى ارتباط التعسف بنظرة الفقه إلى الحقوق، حيث منح الأشخاص حقوقاً فردية له فيها سلطات، فيسعى لتحقيق مصالحه بما منح من

(٢١) يرى الفقه الإسلامي التوفيق بين مصلحة الأفراد ومصلحة الجماعة، والأقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد الخاصة عند عدم إمكانية التوفيق كقاعدة (درء المفسد أولى من جلب المنافع). انظر: قواعد الفقه: ج ١ / ٨١ محمد المجددي البركتي، كراتشي الطبعة الأولى ١٩٨٦، وقاعدة: (المصلحة العامة مقدمة على المصلحة الخاصة). انظر: الموافقات ج ٢ / ٣٦٧، للشاطبي دار المعرفة، بيروت.

سلطات في استعمال هذا الحق فيسيء أحياناً في استعمال هذه السلطات، أو يتخذها وسيلة للإضرار بالغير أو بالمصلحة العامة، وهذا هو ميدان التعسف.

النهي عن التعسف في استعمال الحق الشخصي في التشريع الإسلامي

أولاً: من القرآن الكريم

١- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ (١).

يدور هذا النص حول المطلقة التي لها طفل رضيع، ومدة الرضاع التي تستحق فيها أجراً على أبيه الذي طلقها والحقوق متقابلة في ذلك دون مضارة.

دلالة الآية:

تدل هذه الآية أن الأم أحق من غيرها وأولى بالرضاع من غيرها وهو حق لها، وذلك لحنوها ورفقها بالمولود ما دامت قد رضيت برضاعته مجاناً أو بما ترضى به الأجنبية وألفها الصبي (٢) وهذا ما ذكره الجصاص (٣) في تفسير هذه الآية حيث يقول (٤): "جعل الأم أحق برضاع الولد هذه المدة"، ثم أكد ذلك بقوله: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ يعني والله أعلم إذا رضيت بأن ترضع بمثل ما ترضع به غيرها، لم يكن للأب أن يضارها فيدفعه إلى غيرها.

فهذه الآية صريحة في نهى مضارة الأم وذلك بنهي الأب عن إساءة استعمال

(١) البقرة: ٢٣٣.

(٢) أحكام القرطبي: ٣ / ١٦٧ دار الكتب العلمية ط ١ بيروت، بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ٢ / ٤٧ مطابع الاستقامة القاهرة، كشاف القناع: ٣ / ٤٦٢.

(٣) الجصاص: أحمد بن علي الرازي أبو بكر الجصاص من أهل الرأي، انتهت إليه رئاسة الحنفية مات ببغداد سنة ٣٧٠هـ، الأعلام للزركلي: ١٧٠ / ١٦٠.

(٤) أحكام القرآن للجصاص دار أحياء التراث العربي ١٩٩٢: ١٦٩ / ٤٧٩.

حقه في ولاية ابنه، بل ذهب البعض إلى عدم جواز انتزاع ابنه منها إذا لم ترضعه، بل يأتي لها بالظئر فترضعه عنها^(١)، وقد جاء في الحديث عن ابن عمر رضي الله عنهما أن امرأة جاءت بابن لها إلى النبي ﷺ فقالت: يا رسول الله: إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء، وحجري له حواء وأراد أبوه أن ينزعه مني، فقال النبي ﷺ: "أنت أحق به ما لم تنكحي"^(٢).

وقال مجاهد^(٣): "لا يمنع أمه أن ترضعه ليحزنها بذلك"^(٤)، وقيل يجوز منعها إن كانت في حبال زوجها للاستمتاع بها، إلا إذا أمكن إرضاعه من غيرها وهو قول الشافعي ويجوز ذلك إذا قصد الزوج توفير الاستمتاع بزوجه لا بقصد الإضرار بها^(٥)، وفي كل هذا نهى للأب من التعسف في استعمال حق الرضاع من الأم لأن الرضاع كما هو حق لها فهو واجب عليها ديانة لما فطرت عليه الأم من عاطفة الحنان حيث لا تأبى إرضاع ولدها إلا عن شذوذ أو عجز فلا تجبر عليه دفعا للإضرار بها والضرر ممنوع بنص الآية^(٦):

وكما نهى القرآن الأب عن التعسف في استعمال حق الرضاع من طرف الأم نهى أيضا عن التعسف في حق إرضاع ابنها إضرارا بأبيه فليس لها إذا كانت مطلقة وانتهت عدتها أن تطلب أجرا إن كانت غيرها ترضع مجانا أو بأجر أقل^(٧) منعا لضرر الأب لقصد المضاورة ودفعها للضرر يعطى الولد غيرها لإرضاعه وبذلك تتحقق مصلحة الأب في عدم إلزامه بدفع أجر معين مع وجود متبرعة ومصلحة

(١) أحكام القرآن للجصاص: ١ / ٤٨٠.

(٢) المصدر السابق ج ١. وسنن البيهقي الكبرى ج ١ / ٤ مكتبة دار الباز - مكة المكرمة ١٤١٤هـ ١٩٤٩م.

(٣) مجاهد: هو ابن جبر أبو الحجاج المخزومي المكي، إمام في التفسير والعلم، مات سنة ١٠٢هـ، تقريب التهذيب، ص ٣٢٨.

(٤) جامع العلوم والحكم لابن رجب، ص ٢٦٨.

(٥) أحكام القرآن: ٣ / ١٦٧ - للقرطبي، وتفسير الطبري: ٥ / ٤٦. دار الكتب العلمية بيروت.

(٦) تفسير القرطبي: ٣ / ١٦٧ محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي دار الشعب القاهرة ١٣٧٣هـ.

(٧) جامع العلوم والحكم لابن رجب الحنبلي: ص ٢٦٧.

الطفل في تغذيته، وبهذا يتم التوفيق بين المصلحتين، قال القرطبي^(١) في قول الله تعالى: ﴿وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ لا تأبى الأم أن ترضعه إضراراً بأبيه أو تطلب أكثر من أجر مثلها^(٢).

فهذه الآية أصل من أصول التعسف في استعمال الحق، وهي تفيد حماية الأب والأم من أن يضر كل منهما بالآخر، كما توجب حماية الابن من أن يضر به، ويتضح من هذا النص وتفسيره أن المضارة استعملت فيه لمعنى انحراف صاحب الحق في ممارسة حقه عن غايته المشروعة بقصد سيء لإلحاق الضرر بصاحبه في حقه المقابل.

٢- وقوله تعالى: ﴿فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلْثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ﴾^(٣).

يدل ظاهر الآية على النهي عن المضارة في الوصية، فالوصية وإن كانت مشروعة إلا أنها غير مطلقة، وعليه فهي مقيدة بعدم الإضرار بالورثة حتى ولو كانت في حدود الثلث أو بما دونه، وذكر فقهاؤنا وجوه المضارة ومنها:

أ- الوصية لو ارث دون بقية الورثة إضراراً بهم، وهذه باطلة بالإجماع، إذ الحديث الشريف ينهى عن ذلك بقوله ﷺ: "لا وصية لوارث"^(٤)، وهنا لا مجال للتعسف، لأن التعسف يفترض وجود حق ولا حق هنا.

ب- الوصية لأجنبي بما زاد على الثلث، وهذا تجاوز وتعد للحق والحدود، إلا

(١) القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر الأنصاري فقيه صالح من كبار المفسرين له تصانيف كثيرة، توفي في أسبوط سنة ٦٧١هـ. الأعلام للزركلي: ج٥ / ٣٢٢.

(٢) أحكام القرآن للجصاص: ٣ / ١٦٧.

(٣) النساء: ١٢.

(٤) رواه البخاري باب لا وصية لوارث، ج٣ / ١٠٠٨ دار ابن كثير اليمامة الطبعة الثانية تحقيق د. مصطفى البغا.

إذا رضي الورثة بما زاد، لأن المنع كان لحقهم، أما إذا لم يجيزوا الزيادة فلا مجال للتعسف هنا لأن الأمر خارج عن نطاق الحد والحق.

ج - الوصية بالثلث أو ما دون الثلث للأجنبي قصد الإضرار بالورثة، وهنا يأتي مجال التعسف لأنه يفترض للتعسف وجود حق يعتمد عليه أساساً، والأساس هنا هو مشروعية الوصية لذاتها، وقد ذكر ابن رجب أن الوصية ولو كانت في حدودها المشروعة وقصد بها الموصي مضارة الورثة أصبحت غير مشروعة عند بعض الفقهاء، وهو قياس مذهب الإمام أحمد^(١).

يقول ابن عباس رضي الله عنهما: (الإضرار بالوصية من الكبائر)^(٢)، وقال ابن قيم الجوزية^(٣):

(قاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها، أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعادات، كما هي معتبرة في التقربات والعبادات، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالاً أو حراماً وصحيحاً أو فاسداً وطاعة أو معصية... ودلائل هذه القاعدة تفوق الحصر فمنها قوله تعالى: ﴿مَنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ فإنما قدم الله تعالى الوصية على الميراث إذا لم يقصد الموصي الضرر، فإن قصده فللورثة إبطالها وعدم تنفيذها).

ويقرر ابن رجب أن قياس مذهب أحمد هو رد هذه الوصية حيث يقول: "وأما إن قصد المضارة بالوصية لأجنبي بالثلث فإنه يَأْثُمُ بقصد المضارة، وهل ترد وصيته إذا ثبت ذلك بإقراره أم لا؟".

(حكى ابن عطية رواية عن مالك أنها ترد، وقيل إنه قياس مذهب أحمد)^(٤).

(١) جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٢٦٧ - ٢٦٨ .

(٢) جامع العلوم والحكم: ٢٦٧ - ٢٦٨ لابن رجب، الجامع لأحكام القرآن للقرطبي: ٥ / ٨٠ - ٨١، وج ٨ / ٦٣ - ٦٥ للطبري.

(٣) إعلام الموقعين: ج ٣ / ٨٤ . دار الجيل ١٩٧٢م

(٤) جامع العلوم والحكم لابن رجب: ٢٦٧، إغاثة اللهفان لابن القيم الجوزية: ٢٧٧ / ٢٧٨ .

وهكذا نلاحظ من عبارات الحنابلة أنهم يبطلون كل عقد أو تصرف كان الباعث عليه أمراً محظوراً كوصية الإضرار وبيع العينة وما يماثلها^(١) متى دلت على ذلك القرائن.

أما المذهب المالكي فيلخصه القرطبي حيث يقول: (إن مشهور مذهب مالك وابن القاسم^(٢) أن الموصي لا يعد فعله مضارة في ثلثه، لأن ذلك حقه فله التصرف فيه كيف شاء، وفي المذهب قول إن ذلك مضارة فتد^(٣))، وورد عن ابن القاسم أن الوصية للوارث - إن قصد بها إضرار الورثة - ترد ولو أجازوها، فإذا قال الموصي: (إن لم يجز الورثة فذلك للمساكين) فإن وصيته تبطل وترجع ميراثاً، لأنه لما أوصى لبعض ورثته، ثم جعلها للمساكين إن لم يجيزوها، دل ذلك على قصد الإضرار بالورثة وما قصد به الضرر لا يمضي^(٤) لقوله تعالى في الوصية: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ والخبر: (لا ضرر ولا ضرار)^(٥).

وهنا نلاحظ أن ابن القاسم نظر إلى الباعث رأساً وأبطل الوصية، لعدم مشروعيتها هذا ويصرح صاحب الكشاف في تفسير قوله تعالى: ﴿غَيْرَ مُضَارٍّ﴾ أي يوصي بها وهو غير مضار لورثته، وذلك أن يوصي بزيادة على الثلث، أو يوصي بالثلث فما دونه ونيته مضارة ورثته، ومغاضبتهم، لا وجه الله تعالى^(٦).

وبهذا يتأكد لدينا نظرة المالكية إلى الباعث، واعتمادهم به في الوصية.

يقول الأستاذ أحمد إبراهيم^(٧): (ومن ذلك المضارة في الوصية أن يخرج ماله

(١) إعلام الموقعين: ج ٣ / ١٧٢ .

(٢) ابن القاسم: عبد الرحمان القاسم بن خالد بن جنادة المصري فقيه زاهد روى المدونة لمالك مولده ووفاته بمصر، توفي سنة ١٩١ هـ، الأعلام للزركلي: ج ١ / ٢٢٣ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن: ٨٠ - ٨١ .

(٤) أحكام الوصية للشيخ علي الحفيف: ص ١١٠ .

(٥) الكاشف عن حقائق غوامض التنزيل، وعيون الأفاويل في وجوه التأويل: ج ١ / ٦٣٥٤ - ج ١ / ٢٥٥ .

(٦) الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية: ص ٢٦ - ٢٧ للشيخ أحمد إبراهيم.

(٧) الوصية وبيان أحكامها في الشريعة الإسلامية: ص ٢٦ - ٢٧ لأحمد إبراهيم.

بالوصية بقصد الإضرار بورثته لأمر ما فمن أوصى بماله كله أو ببعضه ولو دون الثلث مريداً بذلك حرمان الورثة من ميراثهم كله أو بعضه فوصيته باطلة ولو كانت في الظاهر مصروفة في القرب، وعجيب جداً أن يتقرب الإنسان إلى مولاه بالإضرار بالقريب المأمور بصلته والبر به)، ثم يقول: (وظاهر الأدلة من الكتاب والسنة أنه لا ينفذ من وصية الإضرار شيء، سواء كانت بالثلث، أو بما فوقه، أو بما دونه، بل هي رد على فاعلها وعلى هذا تكون أحاديث الإذن بالوصية في حدود الثلث مقيدة بعدم الإضرار).

والمادة (٣) من قانون الوصية المصري رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ تنص على ما يلي: (يشترط في صحة الوصية ألا تكون بمعصية، وألا يكون الباعث عليها هنا منافياً لمقاصد الشارع).

قال الشيخ محمد أبو زهرة في شرح قانون الوصية - بصدد وصية الضرار - ما نصه^(١): (الوصية في ذاتها ليست معصية، بل هي تمليك مباح، لكن الباعث عليه أمر محرّم...) فإن هذه الوصية ينظر إليها حينئذ نظراً: ١. نظر إلى كونه تمليكا مباحا لمن هو أهل للتمليك.

٢. نظر إلى الباعث، فإن الباعث عصيان وما كانت الوصايا لذلك.

ولذلك أبطل القانون الوصايا التي يكون الباعث عليها لا يتفق مع مقاصد الشرع أو بعبارة أوضح، يكون الباعث عليها معصية أو يؤدي قطعاً إلى أمور لا يحلها الشرع، فالآية تدل على بطلان الوصية إذا قصد بها الإضرار بالورثة، أو كان الباعث على الإيذاء هو الإضرار سواء أكانت الوصية بالثلث أو بما دونه ولأجنبي أو لوجوه الخير، وبهذا تعد أصلاً من الأصول الدالة على تحريم التعسف في استعمال الحق.

(١) شرح قانون الوصية: ص ٤٨ - ٥٠ لأبي زهرة.

ثانيا : الدليل على منع التعسف من السنة النبوية

١- روى أبو داود في سننه عن سمرة بن جندب . . (أنه كان له عذق من نخل) (بعض نخلات) في حائط (حديقة نخل) رجل من الأنصار ، ومع الرجل أهله ؛ وكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى (الرجل) به ، وشق عليه ، فطلب إليه أن يبيعه فأبى ، فأتى النبي ﷺ فذكر ذلك له فطلب إليه (أي إلى سمرة) أن يبيعه فأبى ، فطلب إليه أن يناقله فأبى ، قال فهبه له ولك كذا وكذا أمرا رغبة فيه فأبى ، فقال : أنت مضار ، وقال النبي ﷺ للأنصاري : (أذهب فأقلع نخله) (١) .

إن إصرار سمرة على رفض العرض الذي قدمه له الأنصاري المتضرر بالمناولة ، ورفض العروض التي قدمها رسول الله ﷺ كل ذلك كاف لتحقيق صفة المضارة ولو لم يكن قاصدا برفضه هذا وإصراره على استعمال حقه الأصلي إيذاء الأنصاري وضرره .

ومنفعة صاحب الحق هنا تافهة ويسيرة بجانب الضرر الذي يصيب غيره في مصالحهم فكان رفضه عنادا دون اعتبار لما يلحق غيره من معاناة وعنت .

ونظرا لكثرة العروض والبدائل التي تحفظ له حقه فإن صفة المضارة تحققت هنا وسماه الرسول ﷺ مضارا ، وحكم بإزالة نخله .

وأشير هنا إلى أن حق سمرة في التعويض بقيمة نخلاته قائم ومما يؤيد تلك الرواية التي أوردها ابن رجب من أن رسول الله ﷺ أمر أن يعطيه نخلة مكان نخلته (٢) .

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : (لا يمنع جار جاره أن يغرز

(١) سنن أبي داود باب القضاء ، حديث رقم : ٣٦٣٦ ج/ ٣ ، ص ٣١٥ دار الفكر تحقيق محمد محي الدين عبد الحميد

(٢) القواعد لابن رجب الحنبلي ص ٢٧٠ . مؤسسة نبع الفكر العربي بمصر ١٣٩٢ هـ

خشبه في جداره... ثم يقول أبو هريرة: مالي أراكم عنها معرضين، والله لأرمين بها بين أكتافكم^(١)، كما جاء في الصحيحين: (لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبه على جداره)^(٢).

دلالة الحديث: يدل على عدم منع الجار جاره من أن يغرز الخشب على جداره وإذا امتنع ولم يجزله فإن الحاكم يتدخل ليجبره على ذلك كما ورد عن أحمد^(٣) وابن حبيب المالكي والشافعي في مذهبه القديم وابن حزم^(٤).

فمنع الجار المالك لجاره من أن يغرز خشبه دون أن يلحق به ضرر أو يلحقه ضرر تافه ممكن أن يصلحه الجار، وظهور حاجة الجار إلى هذا الغرز كل هذا يكون مظنة قصد الإضرار من المنع، ومنع جاره من الارتفاق بجداره يعد تعسفا.

أما في حالة ما إذا كان الضرر الذي يلحق المالك فاحشا فحشا بينا بحيث يؤدي إلى سقوط الجدار أو انهيار البناء فهنا لا يجوز له الإذن أو السماح لجاره بالارتفاق لأنه حينئذ يتنافى ومقصود الشرع من الملكية.

وبهذا نخلص إلى أن الارتفاق بملك الجار إما أن يترتب عليه ضرر بالملك المرتفق به وحينئذ تجري الموازنة بين الضررين: الضرر الخاص بالمالك والخاص بالجار وعلى ضوء قاعدة (لا ضرر ولا ضرار) نخلص إلى نتيجة، وإما ألا يترتب على ذلك ضرر بالملك المرتفق به، وعندئذ لا يجوز المنع ويصبح تعسفا.

ونظرا لإطلاق الحديث فكما لا يجوز للمالك منع جاره من غرز الخشب للحاجة كذلك لا يجوز للجار أن يستعمل حقا أعطاه إياه الشارع لغير مصلحة^(٥)، لأن هذا تعسف والتعسف ممنوع من أي جهة صدر، وهذا هو نظر

(١) نيل الأوطار للشوكاني: ج ٥ / ٢٥٦ - ٢٦٠، المطبعة الرحمانية - مصر ١٣٥٢ هـ.

(٢) جامع العلوم والحكم: ص ٢٧١.

(٣) كشف القناع: ج ٣ / ٣٤٢، القواعد لابن رجب: ١٩١، نيل الأوطار: ٥ / ٢٦٠.

(٤) المحلى لابن حزم ج ٨ / ٢٤٢ مسألة: ١٣٥٨.

(٥) نيل الأوطار: ٥ / ٢٦١.

الحنابلة في المسألة أيضا^(١) ونقل عن الإمام الشافعي في أحد قوليه تقييده لحق الارتفاق بمنع الضرر البين عن المالك، وهذا الرأي هو أجدر بالاعتبار^(٢) من الأقوال الأخرى التي تتمسك بإطلاق الحديث^(٣).

هذا وقد ذكر الحنابلة أسبابا لهذا التقييد، لأن مطلق الضرر عندهم لا يوجب المنع من الارتفاق وهذه الأسباب هي^(٤):

أن هذا الارتفاق لا يعرى عن نوع ضرر عادة، واعتبار مطلق الضرر في المنع يعطل العمل بالحديث.

أن في تقييد الحديث على النحو الذي بينته رعاية للمصلحتين وإعمالا لحديث (لا ضرر ولا ضرار)، وهو كما تقدم قاعدة عامة في الدين.

أن نظرية التعسف حاکمة على الحقوق كلها ومنها الحق الشخصي، فحيثما تحقق أي من معاييرها وجب تطبيقها، لقيام الأدلة على ثبوتها من الكتاب والسنة وفقه الصحابة وقواعد الشريعة العامة.

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم إجبار المالك إذا امتنع، وحملوا النهي على التنزيه حيث جمعوا بين هذا الحديث وبين الأدلة التي تقضي بتسلط الناس على أموالهم مثل قوله ﷺ: (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه)^(٥)، ويرد على هذا الرأي بأن هذا الحديث أخص، من تلك الأدلة، وكما هو مقرر في علم الأصول فإن العام يبني على الخاص، وقد قال البيهقي: (لم نجد في السنن الصحيحة ما يعارض

(١) القواعد لابن رجب: ٣١.

(٢) نيل الأوطار: ٥ / ٢٦٠.

(٣) ذكر أنصار هذا الرأي أن الحديث جاء لمصلحة عامة فلا يشترط في كل فرد أو ثبوت مصلحة في كل حادثة، نظير ذلك مشروعية الشفعة، انظر المغني: ٥ / ٢١٠، وكشاف القناع: ٣ / ٣٤٢، والحقيقة أن هذا الرأي مرجوح لتقييد عمل الجار بما يحقق المصلحة دون إلحاق ضرر بالمالك.

(٤) كشاف القناع: ٣ / ٣٤٢، والمغني: ٥ / ٢٩، وجامع العلوم والحكم: ٢٧١، القواعد لابن رجب: ٣١ -

١٩١.

(٥) نيل الأوطار: ٥ / ٢٦٠، وسنن البيهقي الكبرى ج٦ / ١٠٠.

هذا الحكم إلا عمومات لا ينكر تخصيصها^(١).

ولا ننسى قول أبي هريرة رضي الله عنه : (مالي أراكم عنها معرضين ، والله لأرمين بها بين أكتافكم) ، معناه كما قال الخطابي : (إن لم تقبلوا هذا الحكم وتعملوا به راضين لأجعلنها - أي الخشبة - على رقابكم كارهين ، أراد بذلك المبالغة)^(٢).

وقد حمل قول أبي هريرة هذا على توبيخ من يترك إباحة لجاره ويشع بحقه ويترك ما ندب به الرسول ﷺ ورغب فيه ، وهذا رأي من حملوا النهي على التنزيه^(٣).

ونخلص من هذا إلى أن الإجماع المتعلق بالمالك يكون مقيدا بعدم إلحاق ضرر بين يوهن الجدار أو يسقطه ، وبحاجة الجار إلى الغرز للانتفاع من الغرز ، وهذا التقييد المتعلق بالجانبين يوحى بما يلي :

١- أن التقييد هدفه منع التعسف من المالك ومن الجار .

٢- أن الحديث يجسد روح التضامن الاجتماعي الذي يوجبه التشريع الإسلامي وعليه فالحديث أصلا من أصول النهي عن التعسف .

والخلاصة أن حرية التصرف لا تتعارض مع تقييد الحق المتعلق بالمالك سلبيًا أو إيجابيًا ، لأن حرية التصرف في الملك الخاص وإن كانت هي الأصل يجب أن تمارس على وجه لا يلحق ضررا بالغير .

فمالك الأرض لا يحق له أن يمنع جاره من أن يمرر خليجه طالما أن هذا الأمر لا يلحق به أي ضرر ، أو قد يلحقه ضرر يسير ، وإن منعه من الارتفاق فإنه يعد متعسفا في استعمال حقه هذا ، لأنه منع العون للمزارع الجار الذي يريد أن

(١) المرجع السابق وموضعه .

(٢) المرجع السابق وموضعه .

(٣) انظر المنتقى على الموطأ : ج ٦ / ٤٣ .

فستثمر أرضه فستغلها بأفسر الطرق، وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (١).

الأساس القانوني لنظرفة التعسف فف استعمال الحق

والأساس القانوني الذي انبنت علفه نظرفة التعسف فف استعمال الحق كما فوضح السنهاوري هو المسؤولية التقصفرفة، ذلك أن التعسف خطأ فوجب التعوفض وهو كالتعوفض عن الخطأ فف صورته الأخرى وهو الخروج عن حدود الحق ولا داعف - عند السنهاوري - القول بوضع أساس مستقل للنظرفة طالما أنها تقوم على الخطأ الموجب للتعوفض، وتبقى المسؤولية داخلة ضمن حدود المسؤولية التقصفرفة حتى ولو كان الأمر متصلا بالتعاقد (٢).

لذا نجد أن أغلب الشراح للقوانين العربفة ساروا على هذا المنهج ووضفوا النظرفة ضمن المسؤولية التقصفرفة أثناء حداثهم عن الخطأ والضرر والعلاقة السببفة ففنفما، والتعوفض عن الخطأ قد فكون عفنفا وقد فكون نقدا.

وقد عالج السنهاوري هذه النظرفة أثناء حداثه عن المسؤولية التقصفرفة رغم ورودها فف الباب التمهفدي ورغم أنه ذكر أن القوانين الأجنبية قد انتعشت هذه النظرفة فف كنفها وخاصة فف القضاء الفرنسي والسوفسرف فقال - رحمه الله - عن سمو القانون السوفسرف بالنظرفة: (فسما بها إلى الصدر من نصوصه لفجعل منها نظرفة عامة تتمشى على فمفع نواحي القانون، ولم فقتصر على جعلها تطبفقا من تطبفقات المسؤولية التقصفرفة تذكر فف المكان الذي نص ففه على هذه المسؤولية) (٣)، فرغم هذا الاهتمام إلا أنه جعلها ضمن حدود المسؤولية التقصفرفة.

(١) المائدة: الآفة رقم ٢.

(٢) الوسفف: ١ / ٨٤٢ - ٨٤٣.

(٣) الوسفف: ١ / ٨٣٦ - ٨٤٠.

وبعد قراءتي لرأي فقهاء القانون المدني في تأصيل نظرية^(١) التعسف وردها إلى الخطأ أو غيره وعلاقتها بالمسؤولية التقصيرية أو استقلالها فقد سجلت لذلك مواقف مختلفة أذكرها على النحو التالي:

١- فريق يسوي بين التعسف ومجاوزة الحق، ويتبناه جانب من الفقه والقضاء الفرنسيين حين اعتبروا أن التعسف صورة من صور أحكام المسؤولية التقصيرية، وتزعم هذا "Planiol" بلانيول الفرنسي، وقال إن الحق ينتهي حين تبدأ الحقوق ولا يوجد استعمال تعسفي لحق ما، ولا يكون الفعل موافقا ومخالفا للقانون.

٢- فريق يسوي بين التعسف وبين الخطأ التقصيري: وهو تطبيق من تطبيقات الخطأ المولد للمسؤولية التقصيرية لأن الخطأ وهو: انحراف عن السلوك المألوف للشخص العادي متصور في استعمال الحقوق والرخص العامة، وإن الرقابة العامة أبعدت هذه التفرقة.

ولا يمكن التسوية بين التعسف ومن يستعمل الرخص العامة إذ المنهج هنا في الرخص العامة والحريات على قدم المساواة في الاستعمال ولا يتحقق إلا بأن يتبصر كل واحد في عمله ويحتاط، أما في الحقوق فإنه يستأثر به ويتناسب في الغاية التي شرع من أجلها، مما يعني وجود التعسف في وجود الحيلة لانحرافه عن الغاية، وعليه يوجد التعسف ولو لم تتوافر مقومات الخطأ، وبالتالي فالتعسف مستقل عن فكرة الخطأ، وهو يعني مناقضة الغاية أو تخلفها، والخطأ يعني الانحراف عن السلوك المألوف.

٣- فريق يعتبر التعسف نوعا مميزا عن الخطأ: تأصيل أصحاب هذه النظرة أنهم لم يخرجوا من دائرة المسؤولية التقصيرية واعتبروه خطأ جماعيا أو خطأ من نوع خاص لأنه مرتتهن بغاية الحق الاجتماعية.

وهذه الخطوة متقدمة إلا أنه وقف في منتصف الطريق وقعد عن الوصول إلى

(١) كالنظرية العامة للالتزام د/ بلحاج: ج٢ / ١١٠، ومصادر الالتزام لابي ستيت ص ٤٢٧.

النتيجة، وطالما أن فكرة الخطأ قاصرة في نظر هذا المذهب من الإحاطة بفكرة التعسف فلا معنى للتشبه بها ولا داعي للقبول بازدواجية الخطأ في نطاق المسؤولية التقصيرية، وبالتالي نخرج من دائرة المسؤولية التقصيرية ليستقل التعسف بنظرية عامة خارج دائرة المسؤولية التقصيرية.

أما الأستاذ الدريني في رسالته^(١) فإن الأساس عنده يختلف عن الفعل الضار والمسؤولية التقصيرية لأن أساس المسؤولية التقصيرية فعل غير مشروع وأساس قاعدة التعسف استعمال حق مشروع في ذاته، ثم أقام الأدلة على أن التعدي قاصر عن استيعاب حالات التعسف، وأوضح أن النظرية لا تقوم على معيار التعدي بطريق التسبب.

كما أوضح الأستاذ الدريني في رسالته القيمة أن للنظرية وظيفة وقائية، وهذه الوظيفة ليست موجودة في المسؤولية التقصيرية، وأنها أقرب إلى مبدأ سد الذرائع في الفقه الإسلامي.

كما أوضح الدريني أن نظرية التعسف تنطلق من طبيعة الحق في الشريعة الإسلامية وأن الحقوق وسائل لتحقيق غايات مزدوجة، لا هي فردية محضة ولا جماعية محضة، وبذلك يكون للحق وظيفة مزدوجة، ويكون للحق الفردي في الشريعة الإسلامية وظيفة اجتماعية. ولإقامة التوازن بين الحقوق المتعارضة نشأت نظرية التعسف، وإذا أفضى حق ولو كان مشروعاً إلى إلحاق مضرة راجحة كان في هذا بإلحاقه المضرة عملاً مناقضاً لمقصد الشارع، وينطبق على هذا تعارض استعمال الحق الفردي مع حق الجماعة من باب أولى، وقد نص الشاطبي على (أن حق الغير محافظ عليه شرعاً أيضاً)^(٢).

(١) نظرية التعسف في استعمال الحق ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) الموافقات: ٢ / ٣٢٢.

الخلاصة:

وخلاصة ما في الأمر أن نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي مستقلة في أساسها وفي مبناها على قاعدة (الفعل الضار) والمسئولية التقصيرية، وهذه النظرة متفرعة من نظرة فقهاء الشريعة لمفهوم الحق وطبيعته وموقعه من النظام الاجتماعي.

وربط النظرية بطبيعة الحق في الفقه الإسلامي يجعل من السهل تفسير حالات الاستعمال الممنوعة والتي يصعب تفسيرها في ظل نظرية المسئولية التقصيرية وذلك كصعوبة تفسير الحجر على السفينة بنظرية التعسف إذا ربط بالمسئولية التقصيرية بينما يسهل تفسيره وتبريره بنظرية التعسف إذا ربط بطبيعة الحق وخصائصه ووظيفته في الشريعة الإسلامية وإن كانت هناك علاقة وقرابة بين التعسف والمسئولية التقصيرية في الهدف التشريعي وفي بعض صور التطبيق.

هذا وقد أشار الدكتور حسن كبيرة^(١) إلى نقاط مهمة أثناء حديثه عن نظرية التعسف أشير إليها من خلال العناصر التالية:

- ١ . ارتباط فكرة التعسف بفكرة الحق وغايته.
- ٢ . أن الحقوق وسائل لغايات معينة.
- ٣ . ربط استعمال الحق بغايته وبفكرة العدل وإقامة التوازن الاجتماعي.
- ٤ . لا يلتزم حل مشكلة التعسف إلا على ضوء حقيقة الحق وجوهره.
- ٥ . فكرة التعسف ملازمة ومكملة لفكرة الحق وعليه فلا ترتبط بفكرة المسئولية.

وهذه المعاني ذات أهمية قصوى وأنها لا تختلف عن النظرة الإسلامية سواء في نظرتها إلى الحق وغايته ووظيفته أو في تمييزها عن المسئولية التقصيرية.

(١) المدخل إلى القانون، ص ٧٦٤ وما بعدها.

لذا رأي أنه من إنصاف القول اعتبار الدكتور حسن كبيرة واحدا من الباحثين القلائل الذين أَلَمُوا وأجادوا في تناولهم لهذه النظرية.

أهم المصادر والمراجع

- ١- الوسيط في شرح القانون المدني للسنيهوري، دار إحياء التراث العربي ودار النشر للجامعات المصرية ١٩٥٢ .
- ٢- نيل الأوطار للشوكاني (ت ١٢٥٥هـ).
- ٣- المغني لأبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة (٥٤١-٦٢٠هـ) مطبعة الامام - مصر.
- ٤- المدخل إلى القانون للدكتور حسن كبيرة، منشأة المعارف، الطبعة الخامسة ١٩٧٤، الاسكندرية.
- ٥- القاموس المحيط، للفيروز ابادي- دار احياء التراث العربي بيروت ٢٠٠٠ م.
- ٦- لسان العرب لابن منظور- دار صادر الطبعة الاولى - بيروت ١٩٩٠ .
- ٧- نظرية التعسف في استعمال الحق- للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة.
- ٨- الموافقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي.
- ٩- الطرق الحكمية لابن القيم (ت ٧٥١هـ) مطبعة الآداب - مصر سنة ١٤١٣هـ.
- ١٠- أحكام القرآن لأبي بكر الجصاص (ت ٣٨٠هـ) دار احياء التراث العربي ١٩٩٢ .
- ١١- أحكام القرآن لأبي بكر بن العربي- دار الفكر بيروت.
- ١٢- بداية المجتهد ونهاية المقتصد لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد (ت ٥٢٠هـ).

- جامع العلوم والحكم لابن رجب، دار الهلال ودار احياء التراث العربي ١٩٩٢ .
- ١٣- تفسير القرطبي محمد بن احمد بن ابي بكر بن فرج القرطبي (ت ٦٧١هـ) دار الكتب ودار المعارف ١٤١١هـ.
- ١٤- إعلام الموقعين لابن القيم (ت ٧٥١هـ) دار الجيل ١٩٨٢ .
- ١٥- شرح قانون الوصية لأبي زهرة دار الجيل ١٩٨٢ .
- ١٦- نيل الاوطار للشوكاني (ت ١٢٥٥هـ)، المطبعة الرحمانية - مصر ١٣٥٢هـ.
- ١٧- كشف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن يوسف بن ادريس البهوتي دار الفكر- بيروت ١٤٠٢هـ.
- ١٨- المحلى لابن حزم علي بن حزم بن سعيد (ت ٤٥٦هـ) دار الافاق الجديدة بيروت .
- ١٩- القواعد في الفقه الاسلامي، للحافظ ابن رجب الحنبلي (ت ٧٩٥هـ) ط / الاولى مؤسسة نبع الفكر العربي بمصر ١٣٩٢هـ.
- ٢٠- النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري د / بلحاج العربي ديوان المطبوعات الجزائرية .
- ٢١- نظرية التعسف في استعمال الحق- للدكتور فتحي الدريني، مؤسسة الرسالة.